

# EL CRONISTA

Director  
Santiago Muñoz Machado

iustel del Estado Social y Democrático de Derecho

**JULIO SEGURA SÁNCHEZ**  
Los problemas de la consolidación fiscal española

**MANUEL ARAGÓN REYES**  
Uso y abuso del decreto-ley:  
una propuesta de reinterpretación constitucional

**BENIGNO PENDÁS GARCÍA**  
Las formas de la democracia

**JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN**  
Libertad de expresión y lenguaje ofensivo:  
algunos criterios prácticos de análisis jurídico

**PABLO GARCÍA-MANZANO JIMÉNEZ DE ANDRADE**  
Tópica y doctrina del Consejo de Estado  
(sobre una manera jurídica de razonar)

**JUAN CARLOS CASSAGNE**  
Las raíces del populismo latinoamericano

**FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ**  
La controvertida supresión del contrato de gestión  
de servicios públicos

**JORGE PÉREZ ALONSO**  
Monarquía absoluta, monarquía constitucional  
y monarquía parlamentaria

MIGUEL DE CERVANTES  
SAAVEDRA



# SUSCRIPCIONES

- clientes@elcronista.es  
- www.elcronista.es  
- 915 488 281

# EL CRONISTA

del Estado Social y Democrático de Derecho

Ahora  
**EL CRONISTA**  
también en formato  
electrónico.

Le regalamos el acceso al  
histórico en soporte electrónico  
con la suscripción anual de la  
Revista impresa

EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho constituye un observatorio permanente sobre el funcionamiento del Estado de Derecho que pretende preservar los valores en que se asienta y las garantías para los derechos de los ciudadanos en él establecidas, sirviendo de cauce para el intercambio y difusión de opiniones, todas ellas formuladas con rigor y conocimiento técnico. Actualmente es la revista jurídica española de mayor impacto, habiendo trascendido de la comunidad jurídica para convertirse en publicación de referencia en foros de índole política, económica y social.

## EL CRONISTA

del Estado Social y Democrático de Derecho

ALEJANDRO NIETO GARCÍA

La política como religión y la religión como política

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

La búsqueda de la felicidad

IGNACIO ASTARLOA HUARTE-MENDICOA

La reforma del Reglamento del Congreso y el procedimiento legislativo

### REMUNICIPALIZACIÓN I

Editorial

JOAQUÍN TORNOS MAS

La remunicipalización de los servicios públicos locales.  
Algunas precisiones conceptuales

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario

FEDERICO A. CASTILLO BLANCO

Remunicipalización de servicios locales y situación del personal  
de los servicios rescatados

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS

Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria  
en la gestión de los servicios públicos locales

JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO  
Argüelles o la radicalidad constitucional

FERNANDO LEDESMA BARTRET  
En recuerdo de Justicia Democrática, cincuenta años después

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen  
jurídico de las Administraciones Públicas

VICENTE GIMENO SENDRA  
Justicia y política

YVES CHARLES ZARKA  
Una declaración de los derechos de la humanidad

RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO  
España, ¿un país sin frenos?

ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES  
El sí a la igualdad de derechos de la Corte Suprema  
de Estados Unidos

## EL CRONISTA

del Estado Social y Democrático de Derecho

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRIA  
Comentario de la Sentencia 31/2015 sobre consultas populares no  
referendarias y otras formas de participación ciudadana

ALFONSO LÓPEZ QUINTÁS  
Un método para humanizar la empresa

JORGE PÉREZ ALONSO  
Entre la libertad de armas y la protección de la salud. El Tribunal  
Supremo de los Estados Unidos bajo la presidencia de John Roberts

PETER EHRET  
La crisis del concepto Estado-nación en la Unión Europea

FRANCISCO JAVIER DURÁN GARCÍA  
La fusión coactiva de municipios en España: principios, estrategia  
y resultados

100 LIBROS DE DERECHO DE 2015



TOMÁS DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO  
La obligación de negociar en la opinión del Tribunal Supremo de Canadá de 1998

ELOY GARCÍA LÓPEZ  
Derecho a decidir y democracia

OSCAR MORALES GARCÍA Y VÍCTOR FERRERES COMELLA  
Vigilancia aduanera como policía judicial y prueba ilícita

JOAQUÍN MANTECÓN SÁNCHEZ  
Derecho canónico y laicidad del Estado

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ  
La Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversión, entre la Unión Europea  
y los Estados Unidos de América (el TTIP)

JOSU DE MIGUEL BARCENA  
Lincoln, el presidente de la casa dividida

ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ  
¿Por qué fracasan los países? ¿No es solo la economía, estúpido!



# LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LENGUAJE OFENSIVO: ALGUNOS CRITERIOS PRÁCTICOS DE ANÁLISIS JURÍDICO

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN \*

## 1. HATE SPEECH Y HATE CRIMES

Últimamente los *hate crimes* o “delitos de odio” están en la mente de todos. El año 2016 comenzaba recordando el primer aniversario de la masacre de “Charlie Hebdo” por un grupo de fanáticos que decían defender al Islam. Pocos días después, la prensa internacional se hacía eco de una singular organización neo-nazi de ciudadanos, la cual, bajo la denominación de “los soldados de Odín”, patrullaba las calles de una pequeña ciudad de Finlandia con el alegado propósito de “mantener la sensación de seguridad”, pero en realidad con un marcado carácter violento y xenófobo, con un tinte concretamente anti-islámico. En España, en pocas semanas se han sucedido: el juicio de la portavoz del Ayuntamiento de Madrid por un delito de profanación de lugar sagrado<sup>1</sup> (concretamente una de las capillas de la Universidad Complutense, en el campus de Somosaguas, en marzo de 2011<sup>2</sup>); el es-

cándalo de una compañía de títeres –de simpatías anarquistas– contratada por el Ayuntamiento de Madrid para una representación dirigida a niños, en la que, junto a otras muestras de violencia, se enaltecía a la banda terrorista ETA y se presentaban, como actos positivos y liberatorios para la sociedad, la liquidación (física) de un juez y una monja, entre otros personajes; o las reacciones suscitadas por una curiosa “versión” de la oración del Padrenuestro, de contenido grosero y para algunos rayano en la blasfemia, durante la entrega de los Premios Ciudad de Barcelona.

Muchos otros ejemplos podrían mencionarse; basta leer la prensa de cada día o efectuar una rápida búsqueda en Internet para encontrar numerosas muestras de fanatismos varios: antisemitismo, racismo, y otras expresiones de violencia contra la mujer, las personas homosexuales, o la religión. La intolerancia, que durante un tiempo pensábamos erradicada de Occidente, o al menos recluida en espacios marginales, parece estar regresando, y con paso firme.

En esas condiciones, no es extraño que los *hate crimes* constituyan una clara pre-

ocupación de las organizaciones internacionales. En Europa, es muy notable a este respecto las acciones de prevención y monitorización que se llevan a cabo tanto en la Unión Europea, a través de la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA)<sup>3</sup>, como en el Consejo de Europa, sobre todo mediante la *European Commission Against Racism and Intolerance* (ECRI)<sup>4</sup>, y en la OSCE, mediante el programa sobre *hate crime reporting* dentro del *Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR)<sup>5</sup>.

Por su parte, en España el Ministerio del Interior ha comenzado desde hace un tiempo a prestar particular atención a los delitos de odio, incluyendo estadísticas anuales e información para facilitar su denuncia a las autoridades<sup>6</sup>.

Una de las formas más características de delitos de odio es el llamado *hate speech* o discurso del odio –y es también una

\* Catedrático de la Universidad Complutense.

<sup>1</sup> Art. 524 del Código Penal.

<sup>2</sup> No deja de llamarme la atención que la justicia española tarde casi cinco años en enjuiciar estos hechos.

<sup>3</sup> Vid. <http://fra.europa.eu/en/theme/hate-crime> (5 febrero 2016)

<sup>4</sup> Vid. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp) (5 febrero 2016)

<sup>5</sup> Vid. <http://hatecrime.osce.org> (5 febrero 2016)

<sup>6</sup> Vid. <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio> (5 febrero 2016)





Encuentra D.n Quixote tres labradoras a la salida del Toboso y Sancho le hace creer q.e una de ellas es Dulcinea encantada, Antonio Carnicero / Juan Barcelón, Real Academia Española, Archivo, E00020.

de las más sencillas de practicar hoy, por la facilidad que tiene hoy cualquier persona para comunicar y difundir mensajes a amplias audiencias mediante Internet. El concepto generalmente aceptado de *hate speech* es el que hace casi veinte años incluyera el Consejo de Europa en uno de sus documentos clave en esta materia: “toda forma de expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en

la intolerancia”.<sup>7</sup> Es sustancialmente la misma noción que inspira el art. 510 de nuestro Código Penal, recientemente modificado<sup>8</sup>, cuya redacción es ahora mucho más pormenorizada en cuanto a las actividades que dan lugar a la comisión de este tipo de delitos y en cuanto a las penas y otras medidas que pueden

<sup>7</sup> Recomendación No. R (97) 20 sobre “hate speech” del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 30 octubre 1997.

<sup>8</sup> Por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

adoptarse<sup>9</sup>, además de incluir el delito que suele conocerse como “negacionismo”, siguiendo el camino marcado por otros países europeos<sup>10</sup>.

El discurso del odio no es tema fácil, pues pone sobre la mesa la cuestión de los lí-

<sup>9</sup> Por ejemplo, el párrafo 6 del art. 510 CP dispone ahora que el juez habrá de acordar diversas medidas encaminadas a destruir todo vestigio de la expresión pública castigada como *hate speech*.

<sup>10</sup> Cfr. art. 510.1.c) CP.



mites legítimos a la libertad de expresión: algo que ha de manejarse con sumo cuidado, pues esa libertad es uno de los pilares de la democracia, y debe interpretarse de manera extensiva. La libertad de palabra protege no sólo la manifestación de ideas razonables o argumentadas, sino también la de opiniones que “ofenden, molestan y escandalizan”, como ha dicho con buen juicio el Tribunal de Estrasburgo desde hace años<sup>11</sup>. El ordenamiento jurídico no está para proteger el buen gusto sino el derecho a exponer libremente el propio pensamiento, por estúpido o grosero que parezca a muchos, incluso cuando lo parece a casi todos. Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta, y está sujeta a restricciones que se derivan de la protección de otros bienes jurídicos, que incluyen la libertad y la dignidad de cada persona.

A continuación analizaré algunas de las cuestiones que plantea el discurso del odio al hilo de la libertad de expresión y de otras libertades fundamentales. Naturalmente, no hay pretensión alguna de exhaustividad en las páginas que siguen. Ni siquiera pretendo sugerir que las cuestiones que tocaré aquí sean las más importantes: son solamente algunas que vienen generando un particular debate público y que pienso no están siendo, en ocasiones, correctamente enfocadas o incluso entendidas. Significativamente, la mayoría de ellas, directa o indirectamente, tiene relación con la libertad de religión y de creencias, lo cual podría ser tal vez indicativo de que esta libertad –la garantizada en el art. 16 de la Constitución– continúa sin ser comprendida en todo su alcance y complejidad en un país como el nuestro, donde la libertad religiosa ha estado ausente hasta hace poco tiempo, y donde la religión continúa suscitando tantas reacciones emocionales y no siempre racionales. Para no pocos, la libertad religiosa y de creencias sigue siendo, desafortunadamente, una “cenicienta” entre las libertades.

## 2. LA MODA DEL LENGUAJE “FÓBICO”

Una primera cuestión se refiere a la terminología empleada para luchar contra

expresiones de intolerancia en entornos de una u otra manera afectados por una determinada religión. Todo empezó con el término *antisemitismo* (que, naturalmente, va más allá de la vertiente religiosa de la identidad judía). En lugar de poner el acento sobre la intolerancia de manera general, y sobre la necesidad de proteger la libertad, el pluralismo y la diversidad, se prefirió elegir una concreta manifestación de intolerancia y de persecución teñida de elemento anti-religioso. Y se aceptó sin problema, como algo que se entendía razonable, e incluso necesario, porque el hecho histórico del Holocausto pesaba fuertemente, y aún pesa, sobre la conciencia europea (junto a una larga historia de discriminación e injusticias contra los judíos que se extiende a lo largo de la Edad Media).

En tiempos más recientes, una actitud semejante ha ido ganando terreno en relación con el Islam, aunque faltando ese elemento histórico de genocidio y crueldad extrema que sufrió la población judía bajo el régimen nazi. En este caso, los problemas provenían más bien de las complejidades derivadas de la acomodación de la población musulmana que emigraba hacia países occidentales –sobre todo europeos– de clara matriz cristiana; una población que portaba consigo algunos valores morales distintos de los acostumbrados en Europa, y especialmente, una concepción del juego de la religión en el espacio público que contrasta con los tradicionales esquemas continentales, que se remontan al proceso secularizador que arranca de la Revolución Francesa, el cual ha matizado tan intensamente la identidad cristiana de Europa en tantos aspectos. Así, se acuñó el término *islamofobia* para designar expresiones diversas de intolerancia o de rechazo del Islam –tantas veces basadas, además, en la ignorancia y el prejuicio<sup>12</sup>– y la palabra ha hecho fortuna en el ámbito de muchas organizaciones internacionales, por su paralelismo

mo con el antisemitismo, que a muchos parecía obligado por nuestra noción de igualdad.

Una manifestación aún más próxima en el tiempo de esta proliferación de terminología “anti” es lo que algunos han dado en llamar *cristianofobia*, para referirse a un doble fenómeno. Por un lado, la persecución que sufren cristianos en diversas partes del mundo. Por otro, las dificultades que encuentran muchos cristianos en países occidentales para no ser discriminados por razón de su conciencia cuando se resisten a cumplir con determinadas leyes que tienen para ellos una grave y negativa incidencia moral: por ejemplo, en cuestiones como el aborto o la eutanasia. Si los judíos desde hace décadas han tenido su antisemitismo, y los musulmanes ahora la islamofobia, la conclusión lógica es que los cristianos comenzaran a hablar de cristianofobia para designar fenómenos de intolerancia que concebían como análogos.

Tengo mis serias dudas acerca de que esta multiplicación de términos negativos y referidos a problemas concretos vaya a producir consecuencias beneficiosas para nuestras sociedades. No niego que exista discriminación e intolerancia contra grupos específicos de personas: musulmanes y cristianos, desde luego, pero también ateos, testigos de Jehová o, con connotaciones muy distintas, homosexuales. Lo que no estoy seguro es que el discurso apropiado y eficaz sea el que insiste en la existencia de “islamofobia”, “cristianofobia”, y quién sabe si también “ateofobia”, de modo análogo a como, en otro frente, viene hablándose a menudo de “homofobia”.

Sin duda ese tipo de discurso sirve para llamar la atención de la opinión pública sobre problemas reales de personas reales, y eso es algo positivo. Pero también contribuye a dos cosas que merecen un juicio distinto. Por una parte, un excesivo hincapié en lo negativo, en lugar de lanzar el mensaje positivo de protección de la libertad de todos y de respeto por la pluralidad. Y por otra, lo que podríamos llamar una “sectorialización” del análisis de la conflictualidad en materia de intolerancia por razón de características que afectan a la identidad de las personas (religiosa o sexual, según los casos, en los ejemplos citados). De ma-

<sup>11</sup> Se trata de un principio reiteradamente afirmado por el Tribunal Europeo desde la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, § 49.

<sup>12</sup> Ni siquiera la propia jurisprudencia de Estrasburgo ha sido ajena a la influencia de ese prejuicio. Me remito, para referencias más concretas, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La tragedia de ‘Charlie Hebdo’: algunas claves para un análisis jurídico*, en “El Cronista del Estado social y democrático de derecho” 50 (2015), pp. 23-24. Y también, de manera más pormenorizada, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?*, en el volumen colectivo *Islam, Europe and Emerging Legal Issues* (ed. por W.C. DURHAM JR., D.M. KIRKHAM, C. SCOTT AND R. TORFS), Ashgate, Aldershot 2012, pp. 19-61.

nera que pudiera perderse de vista, o al menos difuminarse, algo que me parece esencial: que todas las manifestaciones de intolerancia o discriminación han de juzgarse de acuerdo con los mismos criterios; y que tan perverso es perseguir a una persona por razón de su orientación sexual –o de su raza, o de su sexo, o de su nacionalidad– como por razón de su religión o su creencia. Todas ellas constituyen una negación de la esencial igualdad y dignidad de los seres humanos.

En otras palabras, creo que el abuso de la terminología “fóbica”, motivada por un comprensible deseo de impacto en la opinión pública, puede generar en el ámbito jurídico una nada deseable diversificación en el tratamiento de clases de intolerancia que, basadas en hechos diversos, tienen un fondo común: la falta de respeto por la identidad y las legítimas opciones de cada persona. Una diversificación que –seamos realistas– es difícil que no venga marcada por la diferente capacidad de presión política y mediática de cada uno de los grupos afectados.

### 3. LA IMPORTANCIA DE APLICAR ESTÁNDARES COMUNES A TODAS LAS CLASES DE DISCURSO DEL ODIO

Lo anterior está en estrecha relación con otra cuestión que me parece esencial a la hora de abordar las diversas clases de *hate speech*: la necesidad de analizarlas aplicando los mismos estándares a las situaciones reales de conflicto.

El principio es claro, y así suelen reconocerlo desde hace tiempo la jurisprudencia y legislación europeas<sup>13</sup>, incluido el art. 510 del Código Penal español: el discurso del odio no está protegido por la libertad de expresión, y es inaceptable en todo caso, ya sea motivado por razones de raza, origen nacional, etnia, sexo, orientación sexual, religión, etc. No me detengo en ello porque existe un consenso virtualmente unánime al respecto, al menos en Europa. Los problemas vienen cuando se trata de aplicar el prin-

<sup>13</sup> En la jurisprudencia de Estrasburgo, desde la sentencia *Jersild v. Denmark*, 23 septiembre 1994, § 35.



cipio, y la norma, a las circunstancias de la vida real; y ahí podemos observar diferencias notables, que no me parecen en absoluto justificables. En concreto, puede detectarse una tendencia a aplicar a la definición –y por tanto a la restricción– del discurso del odio antirreligioso criterios más estrictos que los que se aplican a otros tipos de *hate speech*.

Pondré un ejemplo concreto de la praxis judicial española, más o menos reciente. En 2013, la Audiencia Provincial de Madrid confirmaba la inadmisión de una querrela criminal que se había presentado contra la CNT por razón de cierta campaña mediática contra la visita del Papa con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud<sup>14</sup>. Algunas de las imágenes incluidas en esa campaña eran: la imagen de un obispo ahorcado (o el Papa, no está claro); una iglesia ardiendo con la frase “la única iglesia iluminada es la iglesia que arde” (en el contexto de un país donde ese tipo de hechos no son ficción, sino que se produjeron masivamente no hace tantas décadas); o un

<sup>14</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30, Auto nº 73/2013, 24 enero 2013.

fotomontaje con una silueta del Papa en el centro de la mira telescópica de un rifle, al pie del cual figuraban las palabras “totus muertos”, parafraseando el bien conocido lema de Juan Pablo II, *totus tuus*.

Entre otras cosas, el auto de la Audiencia Provincial indicaba que esas y otras caricaturas de la campaña no constituían una invitación al odio o a la discriminación, sino una simple crítica a la Iglesia Católica, amparada por la libertad de expresión. Es algo que no puedo compartir. Cuando analizamos las frases antes mencionadas de la campaña anti-Papa, y tratamos de distinguir si se trata simplemente de expresiones que “ofenden, molestan y escandalizan”, o bien de discurso del odio –es decir, de incitación, promoción o justificación del “odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”–, creo que es de gran ayuda compararlos con expresiones equivalentes referidas, por ejemplo, a judíos, mujeres o personas de orientación homosexual. Imaginemos unos carteles o caricaturas en los que se mostrase una mujer ahorcada, una sinagoga ardiendo, o un homosexual en la mira telescópica de un rifle con la frase “totus muertos” de acompañamiento. ¿Se los hubiera considerado como un ejercicio de crítica jurídicamente aceptable hacia la religión judía, o como una legítima discrepancia e intercambio de ideas en relación con presuntos excesos de los movimientos feministas o impulsores de los derechos de los homosexuales?

La decisión de la Audiencia Provincial de Madrid puede ser indicativa de una actitud, tantas veces inconsciente pero siempre inconsistente, que tiende a aplicar lo que suelen llamarse *double standards* en el ámbito internacional de la tutela de los derechos humanos: se juzgan las situaciones con diferente rasero según de quién se trate. Provocaciones que no se aceptarían en materia de raza o de orientación sexual se admiten sin problema cuando se trata de religión, especialmente si es la mayoritaria. Además, cuando tal cosa se produce se pierde de vista que, en materia de *hate speech*, lo importante no es tanto la previsible efectividad del discurso del odio en cuestión (es improbable que alguien se anime a atentar contra la vida del Papa por el hecho de ver la caricatura



de la CNT), sino el hecho de que hay conductas que, por intolerantes, una sociedad democrática no puede permitir y debe hacer lo posible por erradicar con toda firmeza.

#### 4. DISCURSO DEL ODIO Y OFENSAS GRATUITAS A LA RELIGIÓN

La distinción entre el *hate speech* y el lenguaje grosera y deliberadamente ofensivo resulta especialmente difícil cuando se trata de la religión. Sobre todo porque a veces se confunde lo que es en rigor una incitación al odio o la discriminación con lo que es simplemente –por utilizar la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– una ofensa “gratuita” de carácter antirreligioso<sup>15</sup>. Esta segunda clase de expresiones pueden merecer censura social o moral, pero su restringibilidad desde una perspectiva jurídica resulta más discutible. En el fondo, la cuestión central que plantean consiste en dilucidar si la libertad de religión y de creencias incluye el derecho a la protección de los sentimientos religiosos, ya sea de la mayoría o de una minoría de la población.

El Tribunal de Estrasburgo ha mantenido una posición ambigua o dubitativa a este propósito<sup>16</sup>. Aunque ha afirmado que las religiones no pueden esperar permanecer libres de crítica, ha mantenido al mismo tiempo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no impone una política uniforme en esta materia, y que los ordenamientos jurídicos de cada país tienen cierta discrecionalidad para sancionar las expresiones “gratuitamente ofensivas” contra una religión o sus símbolos sagrados. La tendencia del Tribunal, no obstante, es a interpretar que sólo en casos extremos son justificables las limitaciones a la libertad de expresión cuando se utiliza un lenguaje intencionadamente ofensivo o provocador de signo antirreligioso.

En España existe una norma específica al respecto. El artículo 525 del Código Penal criminaliza el escarnio público, de palabra o por escrito, de los “dog-

mas, creencias, ritos o ceremonias” de una confesión religiosa con intención de ofender los sentimientos de sus miembros; y aplica la misma pena a una conducta análoga respecto de quienes no profesan religión alguna<sup>17</sup>. Afortunadamente es una norma que no se aplica. No somos pocos quienes pensamos que, en su formulación actual, el art. 525 CP es de dudosa justificación porque la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, de suyo, de la garantía de la libertad religiosa.

A mi entender, las expresiones ofensivas para la religión, incluso las gratuitamente ofensivas, sólo pueden restringirse o sancionarse en aquellos casos en que no se trata de un mero ultraje a ideas, principios, ritos o personajes sagrados, sino que la ofensa adquiere un carácter lesivo para las personas o las comunidades. En concreto, cuando el lenguaje injurioso

<sup>17</sup> Sobre toda esta temática, desde una perspectiva de derecho comparado, puede verse el conjunto de trabajos reunidos en J. MARTÍNEZ-TORRÓN & S. CAÑAMARES ARRIBAS (COORDS.), *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.



tiene carácter claramente calumnioso; o cuando, aun sin constituir en rigor *hate speech*, puede traducirse de hecho, por las circunstancias y el contexto, en una limitación al derecho de libertad religiosa de las personas. Por ejemplo, y sobre todo, cuando la ofensa proferida no se limita a herir los sentimientos de determinados fieles, sino que dañan seriamente la reputación de una confesión religiosa o de sus miembros, produciendo así situaciones de discriminación o dificultando que algunos ciudadanos practiquen libremente su religión. En esos casos, el lenguaje antirreligioso deja de ser solamente escarnio a la religión y pasa a tener carácter de calumnia o injuria, en el sentido que a estos términos atribuyen los artículos 205 y 208 del Código Penal. Ya no se trata entonces de un simple desprecio a los sentimientos sino de un ataque a la reputación e incluso a la libertad de otros. Esto es más fácil que suceda con minorías religiosas –por lo general más vulnerables a las consecuencias de la difamación– que con la religión mayoritaria<sup>18</sup>.

#### 5. EL DISCURSO RELIGIOSO QUE SE CALIFICA DE HATE SPEECH

Los mismos criterios deben aplicarse al discurso religioso que a veces se califica de *hate speech* sin motivo suficiente. Me refiero a las afirmaciones y orientaciones de carácter moral o doctrinal que un líder religioso o ministro de culto puede efectuar en ejercicio tanto de su libertad de expresión como de su libertad religiosa, ya sea en la iglesia, sinagoga o mezquita, o bien en un medio de comunicación. En ocasiones, ese discurso moral puede resultar ofensivo para ciertas personas.

Un par de ejemplos reales ayudarán a entender el tipo de situaciones a que me refiero. Uno es el de Åke Green, un pastor pentecostal que fue condenado a un mes de prisión, en Suecia, por su fuerte reprobación moral de la práctica de la homosexualidad durante un sermón

<sup>15</sup> Sentencia *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, § 49.

<sup>16</sup> Para más detalles me remito a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La tragedia de 'Charlie Hebdo'*, citado en nota 12, y las referencias allí incluidas.

<sup>18</sup> Aunque se trata de supuestos distintos a los examinados en este trabajo –pues se trata de símbolos nacionales– se entiende que un razonamiento análogo ha de aplicarse a la utilización de imágenes de miembros de la familia real en desprestigio de la Corona (art. 491.2 CP), y al ultraje a símbolos o emblemas de la nación (art. 543 CP).

en su iglesia; absuelto en apelación, su absolución fue confirmada por la Corte Suprema<sup>19</sup>. Una situación similar vivió en España el Obispo de Alcalá de Henares, quien, tras predicar la inmoralidad de las relaciones homosexuales en una homilía de Viernes Santo, fue llevado a los tribunales, acusado de “homofobia”, por una organización que decía defender los derechos del “colectivo gay”; el juzgado de instrucción archivó la querrela por falta de fundamento, considerando que el obispo ejerció su libertad de expresión y su libertad religiosa legítimamente<sup>20</sup>.

Pienso que la actuación de los tribunales en esos casos fue la correcta. Los líderes religiosos involucrados en esos casos ejercían su libertad religiosa, que les llevaba a defender públicamente, ante sus feligreses, lo que ellos consideraban la postura moral correcta; y ejercían también su libertad de expresión, que implica la libertad de hablar en desacuerdo de las opiniones prevalentes o mayoritarias en una sociedad, con independencia de quién pueda sentirse ofendido por ello. Si antes defendí la libertad de ofender a la religión mientras no exista *hate speech* o lesión real de la libertad de otras personas, sería contradictorio no defender a quienes predicán la inmoralidad de la conducta homosexual, mientras ello no se traduzca en incitación a la discriminación o a la hostilidad contra las personas de orientación homosexual. Una cosa es exhortar a la intolerancia o el odio, y otra, bien distinta, formular un juicio moral sobre conductas humanas, por ofensivo que tal juicio resulte a algunos. Esa distinción –tan esencial–

se pierde de vista cuando se quiere restringir o criminalizar el discurso moral contra la homosexualidad, lo cual equivaldría, en el fondo, a limitar la libertad de expresión en aras de la dictadura de lo políticamente correcto.

Por eso los casos anteriores son a su vez diferenciables de la condena penal que sufrió el imán de una mezquita de Fuengirola en 2004, en aplicación del art. 510 del Código Penal, por unas páginas de su libro “La mujer en el Islam” en las que justificaba, e incluso aconsejaba, la violencia física del marido a la mujer como un medio legítimo de corregirla cuando se equivoca<sup>21</sup>. Aquí ya no se trataba de simples juicios morales negativos sobre conductas humanas, sino propiamente de una incitación a la violencia.

## 6. LA OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA DIFUNDIR UN MENSAJE OFENSIVO

Siempre dentro del lenguaje meramente ofensivo, y no constitutivo de *hate speech*, otra de las cuestiones que se plantean en esta materia se refiere a si es legítimo, y permisible, ocupar un espacio público para difundir un mensaje cuya sustancia consiste fundamentalmente en la ofensa, o que utiliza de manera vejatoria símbolos religiosos.

Entiéndaseme bien. No estoy pensando en manifestaciones en la vía pública que tienen por objeto protestar contra determinadas medidas gubernativas o legislativas, o mostrar apoyo a ciertas ideas que pueden resultar inaceptables o incluso agraviantes para otros. Esto forma parte ordinaria de la vida democrática, aunque tantas veces se utilicen expresiones zafias o exageradas. Me refiero más bien a manifestaciones públicas en las que el mensaje principal o único consiste en la injuria y la descalificación de instituciones o personas, o bien se recurre a un uso injurioso o blasfemo de simbología religiosa para transmitir un mensaje.

Esto ha sucedido en España en relación concretamente con la religión católica.

Así, en los últimos años, la Asociación Madrileña de Ateos y Librepensadores ha intentado, sin éxito, celebrar una “procesión atea” a la misma hora y con un itinerario paralelo a las procesiones de Jueves Santo en el centro de Madrid, con el objetivo –declarado por los organizadores– de ofender y provocar a los católicos. La Delegación del Gobierno de Madrid nunca ha permitido esa “procesión” en la fecha y condiciones pretendidas, a veces ofreciendo explícitamente a sus organizadores la posibilidad de celebrarla en otra fecha alternativa. Los tribunales siempre han sostenido la legitimidad de la actuación gubernativa<sup>22</sup>. A ello se unen las distintas “procesiones” que, a veces en fechas y lugares coincidentes con la celebración de la Semana Santa católica, se han llevado a cabo en diversas ciudades españolas, convocadas por organizaciones de orientación radical-feminista o LGBT<sup>23</sup>, utilizando nombres de connotación ofensiva para la religión<sup>24</sup> y portando la reproducción de una vagina gigante a modo de caricatura grotesca de una procesión católica. En tales eventos, además, han sido frecuentes las expresiones injuriosas contra la Iglesia Católica y los católicos, al hilo de slogans defendiendo el derecho absoluto de la mujer al aborto.

Pienso que estas situaciones, que incluyen el uso de un lenguaje teñido de agresividad e intolerancia hacia las ideas de otros, han de abordarse siguiendo criterios estrictos. Antes hice notar que la garantía de la libertad de expresión protege la manifestación de ideas escandalosas, incluidas aquellas que pueden resultar gravemente ofensivas, por ejemplo para personas de una determinada religión. Sin embargo, una cosa es el derecho a expresar ciertas ideas, por intolerantes que sean, y otra, bien distinta, el derecho a ocupar el espacio público para hacerlo.

El uso de un lenguaje ofensivo e intolerante puede ser legalmente permisible cuando se utilizan medios privados,

<sup>19</sup> Vid. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A45538-2005Jan28.html>; [https://en.wikipedia.org/wiki/Åke\\_Green](https://en.wikipedia.org/wiki/Åke_Green) (16 febrero 2016).

<sup>20</sup> Cfr. auto de 12 julio 2012 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcalá de Henares (diligencias previas nº 1368/12), confirmado en mayo de 2014 por la Audiencia Provincial de Madrid. También podría añadirse aquí el caso que enjuiciaba la sentencia *Gündüz*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003), relativo al líder de una secta islámica que, durante una entrevista en televisión en Turquía, manifestaba duras opiniones contra la noción de democracia laica y el matrimonio civil, llegando a llamar “bastardos” a los hijos nacidos de matrimonio civil; el TEDH daría la razón al demandante, declarando que la condena penal de que había sido objeto era injustificada, pues no se trataba propiamente de lenguaje que contuviera incitación al odio (a pesar de que el término utilizado, *piç*, posee en lengua turca, al parecer, connotaciones particularmente infamantes).

<sup>21</sup> Vid. sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, 12 enero 2004 (procedimiento abreviado nº 276/2003).

<sup>22</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: STSJ Madrid 267/2011, 20 abril 2011; STSJ Madrid 213/2012, 30 marzo 2012; y STSJ Madrid 209/2014, 14 abril 2014.

<sup>23</sup> Son las siglas con las que normalmente se autoidentifican las organizaciones de orientación lesbiana, gay, bisexual o transexual.

<sup>24</sup> Nombres como “procesión del chumino rebelde”, “procesión del santísimo coño de todos los orgasmos”, o “procesión del coño insumiso”.



pero la libertad de expresión no necesariamente autoriza a apropiarse temporalmente de espacios públicos para esa clase de mensajes. El ámbito de lo público ha de estar presidido por la idea de libertad, que implica desde luego la posibilidad de crítica, incluso plena de acritud; pero debe transmitir y estar impregnado de un clima de respeto hacia los demás y de tolerancia hacia las ideas de otros. Por eso, el uso del espacio público no puede cederse para actuaciones centradas en la ofensa hacia personas o instituciones por razón de sus creencias religiosas, por la misma razón que no podría cederse para lanzar un mensaje contra la homosexualidad o las personas de etnia gitana.

Y el mismo criterio ha de aplicarse en sentido inverso. Un ministro de culto o líder religioso es libre para pronunciar en su templo o lugar de reunión discursos morales que pueden resultar ofensivos para la sensibilidad de determinados ciudadanos identificables por una circunstancia o cualidad personal (la conducta homosexual es un claro ejemplo). Pero ese mismo discurso puede no ser permisible cuando tiene lugar en un espacio público (por ejemplo, en una ceremonia religiosa al aire libre en lugar público).

Por lo demás, entiendo que un planteamiento análogo ha de seguirse cuando hablamos de espacios públicos no en el sentido físico del término –la vía o la plaza pública– sino en sentido más amplio, que incluiría: los medios de comunicación de titularidad pública (como cadenas de televisión o radio, publicaciones periódicas municipales, etc.); los eventos de carácter cultural o artístico organizados o financiados por entes públicos; y, desde luego, el entorno de las instituciones educativas públicas, en las que muchas veces está presente un interés jurídico adicional como es la educación de la juventud.

## 7. CONCLUSIONES

A continuación me permito sugerir algunos criterios prácticos que permitan abordar de manera correcta, desde una perspectiva jurídica respetuosa de los derechos fundamentales, las situaciones de tensión generadas por el uso de lenguaje ofensivo, intolerante o abusivo.



Antes, no obstante, quisiera recordar algo que olvidamos con más frecuencia de la deseable. El derecho no es una panacea que debamos utilizar para todo. Es, sobre todo, un instrumento para la prevención y solución de conflictos en la sociedad, y debe utilizarse –por su carácter coercitivo– de manera mesurada. Una sobredosis de derecho es a veces peor que su abstinencia. En el concreto caso del lenguaje intolerante y ofensivo, y siempre que no se trate en rigor de *hate speech* o discurso del odio, hay otros medios que pueden resultar más eficaces que los jurídicos. Por ejemplo, el boicot social. Además, a veces la reacción airada, o la contienda en los tribunales, suele servir de altavoz al ofensor, dándole precisamente aquello que

busca: publicidad. Tantas veces, no hacer caso de la provocación, ignorarla, es la mejor manera de que no se repita: ¿quién tendrá interés en insultar si nadie se altera y responde?

Esto, sin embargo, tiene sus límites, pues hay una delgada línea roja entre la sensatez y la negligencia; entre la ausencia reflexiva de reacción que trata de aislar al botarate en el silencio y la pasividad que permite que la reiteración continuada del discurso intolerante se transforme en la creación de una atmósfera opresiva para las libertades. En el ámbito de las opciones políticas, algunos episodios en el País Vasco o en Cataluña son muy elocuentes al respecto.

Estos son los criterios que, a la luz de lo que he indicado en las páginas anteriores, entiendo adecuados para el tratamiento jurídico esencial del discurso intolerante o abusivo.

**1. La libertad de expresión no protege el *hate speech* o discurso del odio**, castigado por el art. 510 del Código Penal, al margen de que la incitación a la violencia o discriminación en él contenido tenga alguna probabilidad de realizarse. Esto ha de aplicarse por igual a todas las clases de *hate speech*, incluido el antirreligioso. A estos efectos, la religión o creencias no son ninguna excepción y han de tratarse como cualquier otra circunstancia personal, tal como la raza, identidad sexual, origen nacional, etc.

**2. Fuera del *hate speech*, en general el uso de lenguaje ofensivo, por grosero o acre que resulte, no puede ser restringido**, en interés de la libertad de expresión, que implica el derecho a exponer las propias opiniones o ideas aunque “ofendan, molesten y escandalicen”. Naturalmente, **excepción a esta regla es la difusión de calumnias o de injurias contra personas o instituciones**, en el sentido de los arts. 205 y 208 del Código Penal. De nuevo, este criterio ha de aplicarse por igual a las diversas circunstancias personales, y las ofensas a la religión no deberán tratarse de manera diferente a las ofensas relacionadas con la raza, identidad sexual, etc. Y, naturalmente, también se aplicará al ministro de culto o líder religioso que, en su discurso moral, verbal o escrito, cumple con lo que entiende es su deber de orientación doctrinal de sus fieles.



3. El criterio anterior conoce una excepción cuando el lenguaje ofensivo tiene lugar en un espacio público. **El espacio público, entendido en sentido amplio, ha de estar presidido por un clima real de tolerancia y respeto, de manera que en él pueden imponerse a la libertad de expresión limitaciones que no serían aceptables en otros contextos.** De ahí que no deba permitirse la ocupación de la vía pública para manifestaciones que se centren en la ofensa a otras personas por razón de su religión, creencias, identidad sexual, raza, etc. Y que deba procederse de

la misma manera en los medios públicos de comunicación, en los centros educativos públicos, y en los eventos de carácter cultural o artístico organizados o financiados por entes públicos. Particular atención, además, deberá prestarse al hecho de que el espacio público en cuestión sea accesible a **menores de edad**, o incluso esté específicamente diseñado para ellos.

4. No hay recetas milagrosas para resolver de modo inequívoco todos los casos de conflicto. Es preciso evaluar circunstancias de cada caso, y no siempre será fácil deter-

minar cuál es la solución jurídica adecuada o posible. Son muchas, en concreto, las situaciones en las que resulta difícil distinguir si estamos en presencia de *hate speech* propiamente dicho o en presencia de una simple y grosera ofensa. En tales supuestos, habrá de seguirse un principio análogo al *in dubio pro reo* del derecho penal: ***in dubio pro libertate***. Es preferible tutelar la libertad de expresión antes que justificar restricciones a la misma, pues son más los riesgos para la sociedad que se derivan de una restricción indebida de libertades que de una hipotética garantía inmaculada de la seguridad. ♦

NOVEDAD

# TRATADO DE DERECHO PÚBLICO DE CASTILLA-LA MANCHA

## Libro homenaje al profesor Luis Ortega

### Coordinación:

**ALONSO, Consuelo**

**BELTRÁN, Miguel**

**DELGADO, Francisco**

**MORENO, José Antonio**

ISBN: 978-84-9890-304-1. 1120 páginas. 111,00 € IVA incluido

La presente obra constituye el homenaje que los miembros del área de Derecho administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha rinden a su Maestro, el profesor Luis Ortega, fallecido en 2015. En ella se aborda, en cuarenta capítulos, el estudio integral del régimen jurídico público de la Comunidad de Castilla-La Mancha: el Estatuto que la rige y las instituciones que la dirigen, las formas de la acción administrativa y los instrumentos jurídicos creados para su gestión.

No se trata de una mera actualización de la primera edición publicada en 2000 bajo el título *Derecho Administrativo Autonómico de Castilla-La Mancha*, y que el propio Luis Ortega dirigió, ya que la realidad regional actual dista mucho de la analizada hace ya más de quince años y, por supuesto, de la existente en el momento de la aprobación de su Estatuto de Autonomía. Los más de treinta años transcurridos han producido la consolidación de sus instituciones, la ampliación de sus servicios y áreas de actuación, la conformación de nuevos mecanismos de intervención, etc. En definitiva, un nuevo Derecho forjado en paralelo a la evolución legislativa y jurisprudencial de la Región cuyo análisis se hace imprescindible para los especialistas y gestores de la cosa pública. El libro es pues una obra única, y de gran utilidad para alumnos universitarios y para estudiosos de la realidad jurídico-institucional de Castilla-La Mancha.

En la obra participan no sólo la práctica totalidad de los profesores del área de Derecho administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, sino también profesores de otras disciplinas, así como muchos de aquellos profesionales del Derecho que en su día pasaron por ella para compartir inquietudes académicas (Magistrados de lo contencioso, funcionarios y altos cargos de la Junta de Comunidades, del Estado, de Diputaciones Provinciales, habilitados locales estatales, Letrados del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y de las Cortes regionales, abogados).



Para más información  [www.iustel.com](http://www.iustel.com)